

O Futuro da Codificação e o Jurista do Amanhã; Idéias para um Debate

Luiz Edson Fachin

Professor Titular de Direito Civil e Diretor da Faculdade de Direito da UFPR. Procurador do Estado do Paraná.

I - Para inaugurar a Introdução

Principiemos por uma metáfora. As luzes no palco iluminam Martín Santomé, protagonista de uma novela¹ *La tregua*, escrita por Mario Benedetti². A aparente incoerência daquele homem estava entre a supostamente incontornável rotina diária, fonte de flagrante desencantamento, e a impossibilidade de converter seu consciente sentimento de vida sonogada em alavanca de transformação.

Volvemos essas luzes para o privado jurídico clássico, onde a codificação é protagonista de uma contradição: a regulação dos papéis e a resistência à força construtiva dos fatos marginais ao Código.

Em Martín Santomé, somente quando um evento rompe o enfadonho cotidiano dá-se uma *trégua* na vida resignada daquele homem. No teatro, um paradoxo que aparece naquela obra de teatro, inspirada em um fato real. No palco, ao início, está um homem de 49 anos, prestes a se aposentar, conformado, entregue à própria circunstância e que contava, dia a dia, o tempo faltante para encerrar sua rotina, e, ao término da peça teatral, com 50 anos, o mesmo homem, à espera do fim, contemplativo, vassalo de sua própria resignação.

¹ BENEDETTI, Mario. **La tregua**. Arca Editorial – Editorial Nueva Imagem: Montevideo, 1992. Como ya se escribió, “la novela cuenta un año en la vida de Martín Santomé. Cuando comienza, su protagonista tiene 49 años, tres hijos, es viudo hace 25 y anhela su pronta jubilación. Cuando termina, ha cumplido los 50, es su último día de trabajo y arrastra la aventura y desventura de su amor otoñal con la joven Laura Avellaneda que nace, crece e muere en el transcurso de ese año”.

² Mario Benedetti, após publicar, em 1945, seu primeiro livro **La víspera indeleble**, escreveu várias novelas, livros de contos, e, especialmente, poesia; jornalista, trouxe a lume diversos trabalhos de crítica literária. Nasceu em 14 de setembro de 1920 (BENEDETTI, Mario. **Antologia poética**; seleção, tradução e apresentação de Julio Luís Gehlen. Rio de Janeiro: Record, 1988).

Na codificação civil, tênue jurisprudência, pálida doutrina, desencontrada legislação deságuam em uma *trégua* contemporânea que pode responder por constitucionalização, repersonalização, despatrimonialização. A clivagem entre o Código e a Constituição. A travessia dos códigos ultrapassados aos supostos sopros de juventude emancipatória no Direito tradicional, rebaixando as fronteiras entre o público e o privado.

Eis a *trégua* para Martín Santomé, período de amor que se acaba com a morte da amada. As cenas revelam, no interregno desse ano que antecede a sua aposentadoria, entre o homem do início do espetáculo e o homem do final de tal *mise-en-scène*, o nascimento, o crescimento e a morte de um amor outonal, fora de estação, que parecia ter renascido Martín Santomé. Foi apenas uma *trégua*, breve luz, que nasceu, passou por ele, temporariamente, mal lhe tocou, e se apagou, fugaz. Dessas luzes que, mesmo em efêmera passagem, parecem existir para revelar a imensa escuridão. Continuou Martín Santomé ao sabor do vento ou mesmo da correnteza.

Qual será a *trégua* para esse Direito cujo passado quiçá já acabou e o futuro ainda poder eventualmente estar por se constituir?

Para Santomé, ao final, o paradoxo entre a falta de tempo para tomar conta do que realmente converte a vida e a disponibilidade das horas pretensamente livres³, espelha a diferença entre duas perspectivas e dois planos. A primeira perspectiva contrapõe o saber como cartolina decorativa àquela outra, de movimento e de mudança. Já o primeiro plano toma a história como museu a ser contemplado, feito cultura apressada e superficial; o segundo plano, porém, apreende tempo e lugar presentes no contemporâneo, ao menos aptos a lançar luzes sobre a sociedade e o Estado.

É dessa segunda ordem de idéias que iremos tratar, captando, menos a vida inteira conformada de um Martín Santomé passivo e restrito, mas sim o intervalo criativo do que não dá armistício e reflete como forma de proposição transformadora.

Apenas o exercício de uma possibilidade.

³ São palavras de Martín Santomé: "Ultimo dia de trabajo ... Se acabo la oficina. Desde mañana y hasta el día de mi muerte, el tiempo estará a mis ordenes. Después de tanta espera, esto es ocio. Qué haré con él?" (à página 180 da obra **La tregua**, antes mencionada).

II – Refletindo sobre a codificação e as *famílias jurídicas romano-germânicas ocidentais*

O modelo civilista herdado dos valores vigorantes no final do século passado está na pauta das discussões. Fala-se, agora mais que antes, numa principiologia axiológica de índole constitucional diante das crises e transformações que emergem das novas demandas calcadas em ideais como a plena cidadania, gerando mudanças nos papéis tradicionalmente cometidos aos institutos fundamentais do Direito Civil: trânsito jurídico (contrato), projeto parental (família) e titularidades (posse, apropriação).

É legítimo, por conseguinte, indagar se o ordenamento jurídico tem respondido adequadamente às exigências que os fatos sociais impõem. Para tanto, compreender a *constitucionalização* do Direito Civil é imprescindível. Essa *virada de Copérnico*, operada na dicotomia Código Civil e Constituição é o marco espacio-temporal dessas reflexões.

Premissas inaugurais fundam os trabalhos que podem nascer dessa idéia, dentre elas, a de não considerar o Direito e o mundo uma mera evidência, agrupando aqueles que não se acostumaram, ainda, com o mundo em si, com as coisas, e não deixaram, quiçá, que tudo se convertesse numa gigantesca “normalidade”, dada, “prêt-à-porter”.

A releitura de estatutos fundamentais do Direito Privado é útil e necessária para compreender a crise e a superação do sistema clássico que se projetou para o contrato, a família e o patrimônio. Trata-se de um debate em aberto, poroso e plural.

A complexidade desse fenômeno apresenta, neste momento, um interessante banco de prova que se abre em afazeres epistemológicos que acolhem as novas demandas da juridicidade. Através desse exame nasce um caminho que é, ao mesmo tempo, desafio.

O ponto de partida pode estar fincado na observação colhida dos fatos, indicadores de manifesta tendência de rearranjo social dos modelos. E esse estudo deve considerar a problemática jurídica como problema social e como tendência a análise crítica de seus reflexos na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

Cogita-se de aprofundar uma revisão crítica principiada e não terminada, dado que não basta mais revelar a franca decadência que sofreram as bases sobre as quais se edificaram os institutos jurídicos. Não se trata de uma crise de formulação, eis que o desafio de um novo ou renovado Direito Civil está além de apenas reconhecer o envelhecimento do dogmatismo.

Entre a resistência muita viva à transformação e às necessidades que se impõem pelos fatos, o papel a ser exercido, nesse campo, pelos operadores do Direito, poderá antecipar, em parte, aquilo que virá. Essa via mesma há de ser submetida à prova: o que está se passando no Direito Civil (*a constitucionalização e a repersonalização*, por exemplo) se trata de uma renovação por dentro e ao fundo vai, ou são apenas retoques que operam na estrutura do projeto racionalista que fundou as codificações privadas? Esta interrogação sugere pensar se o passo à frente que se esboça é uma mudança efetiva ou será tão-só a última fronteira de um sistema oitocentista moribundo que agoniza, mas ainda não esgotou.

Há um vazio na doutrina civilística que vai do desconhecimento à rejeição de novas idéias, e quando tênues construções metodológicas se avizinham das atividades de estudo, a técnica engessada das fórmulas acabadas torna a tentativa um tema perdido no ar.

Recusar essa direção, sem desconhecer o saber clássico, e contribuir para a sua superação significa reconhecer que consciência social e mudança integram a formação jurídica. Representa, ainda, um compromisso com o chamamento à verdadeira finalidade do ensino e da pesquisa jurídica, um desafio que questiona.

Para tanto, a dimensão histórica e cultural soa fundamental, especialmente para apreender que a moldura dos pilares fundamentais do privado imposta precede, de certo modo, à própria configuração contemporânea do Estado neste século. Para ilustrar, o antigo sistema fundado no Código Civil francês de 1804 cujos valores se projetaram sobre o Código Civil brasileiro de 1916 (e em boa parte sobre a nova codificação civil) forneceu estreitos limites sob horizontes oitocentistas, calcado num modelo ultrapassado.

As mudanças percebidas ao longo de décadas, desde a primeira metade deste século, não foram suficientes para compor, entre nós, um novo sistema de relações. Em 1988, com a nova Constituição Federal, há formalmente um certo rompimento teórico com o “standard” privado clássico, abrindo as portas para uma reforma que ainda não se realizou.

Essa perspectiva funda uma crença quase sempre inabalável na relevância cada vez maior da verdadeira educação jurídica, uma formação distante de um adestramento embalsamado pela exegese estrita do direito instituído, e sempre voltada para os fatos sociais, rente à vida e às circunstâncias.

Esse é o desafio que não confunde estudo e pesquisa com confinamento intelectual. Pensar longe da mera exegese. Distante da superficialidade como não fizeram os bacharéis de então que nos primeiros anos do século se dedicaram a um verdadeiro “torneio de mandarins” em torno da redação de uma lei, como o foi com o projeto do Código Civil, pouco importando realmente o conteúdo, *dando valor ornamental à inteligência, ao talento como prenda, numa erudição desinteressada e descomprometida*.

Abrir-se para esse horizonte é uma opção de sentido que se afasta das concepções didáticas meramente ilustrativas; é um caminho de sacrifícios e eleição de finalidade que não convive com a inércia e com a repetição.

Para pensar um novo ou renovado Direito Civil, a partir de seus pilares fundamentais, o contrato, o projeto parental e as titularidade, o espaço é aqui e em diversos lugares, e o tempo é agora, síntese do passado que restou e do futuro ainda por se estabelecer.

A vigência do novo Código Civil e o principiar do século XXI testemunham tempos frutíferos de inquietude, denunciam dilemas expostos na fratura social, arrostam a exclusão econômica e jurídica, e apontam para novas situações sociais. Eis o nó em desate pela contemporaneidade, cujos elos se projetam da sociedade para o ninho familiar. Afastando-se dos laços formais, são valorizadas as relações de mútua ajuda e afeto, com índices cada vez maiores de uniões não matrimonializadas.

Tomemos esse exemplo para pensar. Tal via parece-nos distante da mera reprodução de saberes dogmáticos, e identifica-se o Direito de Família para além da Lei 10.406/02, sob a égide da Constituição Federal de 1988⁴, abrindo cena no palco para a presença de criação jurisprudencial⁵,

⁴ Pertinente a essa direção escreveu Paulo Luiz Netto LÔBO: “os estudos mais recentes dos civilistas têm demonstrado a falácia dessa visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil. Não se trata, apenas, de estabelecer a necessária interlocução entre os variados saberes jurídicos, com ênfase entre o direito privado e o direito público, concebida como interdisciplinaridade interna. Pretende-se não apenas investigar a inserção do direito civil na Constituição jurídico-positiva, mas os fundamentos de sua validade jurídica, que dela devem ser extraídos”. (Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 100-109, jan./mar. 1999).

⁵ Bem asseverou, a propósito, Francisco José Ferreira MUNIZ: “nessa medida, a decisão judicial, ao integrar a lacuna para resolver o caso concreto, esboça, para além disso, o desenho da norma jurídica que o legislador deverá editar para, em futuros desenvolvimentos do sistema, preencher o vazio existente.” (**Textos de direito civil**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 116).

e para apreender complexidade e paradoxo na estrada epistemológica das novas comunhões, reconhecendo dinâmica dos novos tempos.⁶

Afinal, consoante já assinalamos, entre sístoles e diástoles, se apreende uma travessia que compreende a família e a filiação em novas definições. Bem se compreendem no Direito de Família valores como amor e solidariedade. Superando a unidade de fontes, estatuída pelo casamento no regime codificado, o Código Civil de 1916 cede espaço para a família constitucionalizada.

Impende situar que o ente familiar é um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade. Uma aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos, especialmente da alocação normativa, junção que encarna o elo entre o direito, a família e a sociedade, contrabalançada pelo advento de novo Código Civil. Nessa perspectiva escreveu com singular pertinência TEPEDINO: "No Brasil parece ocorrer situação semelhante. Como na página clássica de Giacomino Leopardi, em *Gattopardo*, em que o nobre siciliano percebe a necessidade de realizar uma completa transformação para que tudo pudesse permanecer como sempre fora, pretende-se, com o Código projetado, alterar tecnicamente institutos, vestindo-lhes com indumentária renovada, de molde a que se ressuscite o conceptualismo e a cultura jurídica mais do que ultrapassados pelas demandas sociais contemporâneas".⁷

Por isso, "a família cuida, como uma das componentes educativas mais importantes, da reprodução dos caracteres humanos tal como os exige a vida social", como escreveu HORKHEIMER⁸. Migramos, entre hiatos e contradições, a fim de compreender o mundo da família e a família no mundo.

Cinco séculos elaboraram, no campo e nas cidades, um conceito de não-cidadania ou quando menos de uma cidadania atrofiada. Ingressamos no século XXI com os pés atolados no fim da Baixa Idade Média.

Da alienação oriunda da cultura religiosa do período medieval

⁶ Ver, a propósito, por todos Gustavo TEPEDINO ("O Código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa". In: _____ [coord.]. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16).

⁷ TEPEDINO, Gustavo. "O Código civil, os chamados microsistemas e a Constituição ...", p. 16.

⁸ Autoridade e família. In: HORKHEIMER, Max. **Teoria crítica: uma documentação**. Trad. Hilde Cohn. São Paulo: Perspectiva/USP, 1990, p. 214.

encontramos, agora, um novo ópio⁹. Na moda corrente do insulamento, projeta o consumo como o espaço sem cidadãos. No mercado espelha-se a cultura desterritorializada, e da pessoa solidária emerge um ser solitário. O coletivo abre espaço para a cena do espetáculo e o individual cede lugar ao valor.

Há mais de 35 milhões de famílias no Brasil. Nelas, quantos habitantes são efetivamente cidadãos? “E quantos nem sequer sabe que não o são?”¹⁰

Sabe-se que o indivíduo, na concepção clássica do direito, se insere com o nascimento numa órbita abstrata de direitos subjetivos pessoais e inalienáveis. Entre nascer e viver há, nada obstante, uma sensível distância. Basta perguntar o quanto realizam em suas prerrogativas sociais, como direito à educação, à saúde, ao trabalho, à justiça, à liberdade, enfim, a uma vida digna.

O indivíduo insular compõe o tempo em que cidadão era apenas considerado membro da sociedade nacional, como se afirmava no século XVII, ou aquele que tinha o direito de associação, como se reconheceu no século XVIII. O século pretérito chegou à proclamação formal dos direitos sociais, num belo ensaio que principia nos direitos políticos individuais, passa pelo reconhecimento dos direitos coletivos, até alcançar os direitos sociais, aptos a garantir uma proteção mínima e um padrão de vida decente. No entanto, a ponte entre o sujeito virtual de direitos e o sujeito-cidadão está para ser erguida.

A mesma reflexão pode, por analogia, se dirigir à família no terreno da cidadania. Progressivamente, com o surgimento do desenho de afeto no plano dos fatos, ela se inscreve numa trajetória de direitos subjetivos: de espaço do poder se abre para o terreno da liberdade: o direito de ser ou de estar, e como se quer ser ou estar.

No tempo das fragmentações legislativas e da despatrimonialização do direito privado, da constitucionalização do direito de família e da defesa principiológica e valorativa das relações de afeto, o que se viu produzir, no campo das representações políticas do Estado, foi o novo Código Civil brasileiro em vigor.

⁹ O moleiro do qual tratou Carlo Ginsbourg na obra **O Queijo e os vermes** traduz um perfil de interlocução com a cultura dominante, modificando-a e não a recebendo pacientemente. Nem todos os “moleiros” da contemporaneidade estão embriagados pelo ópio do qual este texto trata.

¹⁰ É o que indagou, com acerto e lucidez, Milton SANTOS, à página 7, da sua obra (**O espaço do cidadão**. 3. ed. São Paulo: Nobel, 1996).

A pergunta é: qual é a contribuição da nova codificação para a superação dos dilemas que enfrenta a realização da cidadania no Brasil?

Pode-se dizer que debater por 25 anos um novo Código Civil faz parte do legado brasileiro, pois o projeto Beviláqua teve 16 anos de debate no Congresso. Mas, a questão fundamental, no plano da cidadania¹¹, é questionar para quem se dirige o novo Código.

Tal interrogação compete ao exercício da cidadania como a define o Código: todos aqueles capazes de adquirir direitos e contrair obrigações, como comprar, vender, trabalhar, constituir família, testar, herdar, possuir e ser proprietário, e assim por diante. Eles, os portadores de direitos civis, enfim, os cidadãos.

Todavia, o novo Código Civil nasce excludente, como quanto ao debate sobre as uniões estáveis em sentido amplo, à família fraterna (entre irmãos ou irmãs), à filiação socioafetiva¹² que poderia ter sido expressamente mencionada, para dar alguns exemplos. *Os fora dessa lei não estão fora da lei* quando é de outra lei que se trata.

Não haverá cidadania na família sem a plena cidadania social. Advogamos a formação de conceitos sempre *a posteriori*, especialmente para não enjaular, em *numerus clausus*, a arquitetura que, com base no afeto, pode fazer emergir a família. A jurisprudência deve se abrir para compreender e empreender os novos desafios, sem preconceitos ou visões preconcebidas.

Resistir ao triunfo de uma superficial filosofia de vida que “entroniza o egoísmo como lei superior, porque é o instrumento da busca da ascensão social” e que “privilegia os meios materiais e se despreocupa com os aspectos finalistas da existência”, como escreveu Milton SANTOS¹³.

III – Idéias gerais sobre o novo Código Civil

Vive o Brasil a partir de 11 de janeiro de 2003 sob a vigência da Lei 10.406. Ao introduzir o novo Código Civil brasileiro, é legítimo indagar sobre os efeitos reais e possíveis de uma necessária hermenêutica construtiva das relações jurídicas na família, na propriedade e nos contratos para os velhos problemas enfrentados no País.

¹¹ Essa foi a interrogação pertinente que se fez. Ver, a propósito: GRINBERG, Keila. (**Código civil e cidadania**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 11).

¹² É certo que a hermenêutica construtiva do art. 1.593 permite assentar ali a família socioafetiva, por inferência legítima e sustentável a todos os títulos.

¹³ SANTOS, Milton. **O espaço do cidadão**. 3. ed. São Paulo: Nobel, 1996, p. 13.

É certo que a validade dos negócios e atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor do Código Civil fica submetida às leis anteriores, mas os efeitos, diante da incidência imediata e geral da nova lei, ao novo Código se submetem.

A questão que se coloca é a de saber que mudanças práticas efetivas irão ser operadas na tríplice base que sustenta o Estado e a própria sociedade.

Sabe-se que quem contrata não contrata mais apenas com *quem* contrata, e que quem contrata não contrata mais apenas o *que* contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos. O novo Código traz a função social do contrato e os princípios de probidade e boa-fé. A jurisprudência e a doutrina futuras dirão se terão sido capazes de informar relações contratuais mais equânimes, justas e razoáveis, num País vincado por desigualdades materiais e concretas que arrostando qualquer intenção legislativa.

Além disso, de há muito o Brasil clama por uma impostergável reforma agrária que dê conta da redistribuição de terra, renda e crédito. No que concerne à propriedade imobiliária rural, o novo Código condiciona o seu exercício às finalidades econômicas e sociais, com preservação da flora, da fauna, do ar, das águas, e do patrimônio histórico e artístico. Prevê, ainda, uma privação do direito de propriedade se o imóvel reivindicando consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, considerada pelo juiz de interesse social relevante. Nada obstante, é pela atuação efetiva do Estado, mediante desapropriação por interesse social, que as áreas socialmente improdutivas serão destinadas à produção que combata a fome de terra e de justiça fundiária.

De igual modo, a observação social dos fatos nas relações familiares revela dados novos, como as famílias monoparentais, as uniões entre pessoas de mesmo sexo, a filiação socioafetiva, num horizonte que revaloriza a família desatando alguns nós. Clama-se, e não é de agora, por um direito de família que veicula amor e solidariedade. Para isso, o novo Código não nasce pronto; ao contrário, nessa matéria faz rebrotar estigmas como a culpa na separação e nos alimentos. Em verdade, uma lei se faz código no cotidiano concreto da força construtiva dos fatos, à luz da uma interpretação conforme os princípios, ética e valores constitucionais. Será no porvir que a sociedade brasileira pode-

rá nele ver uma família aberta e plural, até porque não pode haver família plenamente justa numa sociedade escancaradamente injusta.

IV – Para concluir

O grande desafio é superar um velho problema, a clivagem abissal entre a proclamação discursiva das boas intenções e efetivação da experiência. Esse dilema, simploriamente reduzido ao fosso entre a teoria e a prática, convive diuturnamente na educação jurídica.

Compreendê-lo corresponde a fazer de uma lei instrumento de cidadania na formação para o Direito, nas salas de aulas e de audiências, no acesso democrático ao Judiciário, e nos espaços públicos e privados que reclamam por justiça, igualdade e solidariedade.

Naquilo que apresenta de positivo, ainda que não seja tudo o que se almejava para a nova lei, queira a hermenêutica construtiva do novo Código Civil contribuir para que o Brasil não chegue ao final do século XXI com os pés atolados na baixa Idade Média. ◆